

RESOLUCIÓN

Expte. S/0635/18 KAIKU

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

Presidente

D. José María Marín Quemada

Consejeros

D^a. María Ortiz Aguilar

D. Josep Maria Guinart Solà

D^a. Clotilde de la Higuera González

D^a. María Pilar Canedo Arrillaga

Secretario del Consejo

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 11 de julio de 2019

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con la composición señalada, ha dictado la siguiente resolución en el expediente S/0635/18 KAIKU, tramitado ante la denuncia formulada por parte de la entidad VISTA ALEGRE BASERRIA, por una conducta supuestamente contraria al artículo 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (**LDC**).

I. ANTECEDENTES

Con fecha 13 de octubre de 2016, tuvo entrada en la CNMC un escrito de la Autoridad Vasca de la Competencia dando traslado del expediente AVC N° 198-SAN-16 KAIKU, iniciado por esa autoridad a raíz de la denuncia presentada por la entidad VISTA ALEGRE BASERRIA, una explotación ganadera ubicada en Valle de Carranza (Vizcaya), contra KAIKU CORPORACIÓN ALIMENTARIA, S.L. a raíz de una campaña publicitaria desplegada por esta última en el País Vasco y Navarra que, según la denunciante, sería engañosa y fraudulenta y perjudicaría tanto a los consumidores como a los competidores.

Tras el análisis del escrito de denuncia, con fecha 25 de marzo de 2019, la Dirección de Competencia elevó a esta Sala escrito proponiendo la no incoación de expediente y el archivo de las actuaciones seguidas.

La Sala de Competencia del Consejo de la CNMC resolvió el asunto en su reunión de 11 de julio.

II. LAS PARTES

1. Denunciante

VISTA ALEGRE BASERRIA es una granja familiar de vacas ubicada en el Valle de Carranza (Vizcaya). Elaboran leche pasteurizada, yogur natural y queso con certificación de “producto biológico”, que comercializan directamente o en pequeños comercios de la región¹.

2. Denunciada

KAIKU CORPORACIÓN ALIMENTARIA, S.L. es una sociedad con sede en San Sebastián, Guipuzkoa. La citada empresa está especializada en la comercialización de productos lácteos y agroalimentarios, bajo sus propias marcas y con su propia red logística. Sus productos se distribuyen en toda España y también en el extranjero (Sudamérica, Europa y África). En 2017 alcanzó un volumen de facturación de 120.862.000 euros.

III. ANÁLISIS DEL MERCADO AFECTADO

El suministro de leche puede hacerse recolectando leche cruda directamente de los productores o importando leche recolectada en el exterior y pasteurizada por primera vez en el centro de recolección local.

Por lo que respecta al mercado de **suministro de leche cruda**, la Comisión Europea (en adelante, la Comisión) analizó en sus Decisiones Lactalis/Nestlé JV (II)² y Lactalis/Parmalat³ la posibilidad de una subdivisión de la recogida de leche cruda según provenga de vacas, ovejas o cabras, porque para la mayoría de productos derivados los tres tipos de leche no son sustituibles. En el mismo

¹ Información extraída de <http://www.vistaalegrebaserria.com>

² Decisión de la Comisión de 19 de septiembre de 2006 n. ° COMP / M.4344 Lactalis / Nestlé JV (II).

³ Decisión de la Comisión de 14 de junio de 2011, COMP/M.6242-LACTALIS/PARMALAT

sentido se ha pronunciado el Consejo de la CNMC en la operación de concentración C-0953-18 COVAP/PLANTA INDUSTRIAL MEIRA.

La Comisión optó por una mayor segmentación del mercado de suministro de leche en su decisión Friesland Foods/Campina⁴, donde distinguió entre leche cruda convencional y leche cruda orgánica. A este respecto, el test de mercado realizado confirmó que, por el lado de la oferta, la recogida de ambas leches difiere, estando sujeta la leche cruda orgánica a requisitos adicionales⁵ a los de la leche convencional para obtener la calificación de orgánica. Estas diferencias en el método de producción se reflejan en mayores precios pagados a agricultores. Por el lado de la demanda, se confirmó asimismo que, para los procesadores y envasadores de leche, ambos tipos de leche no son sustituibles, debiendo estar el procesamiento de una y otra separados.

Por su parte, la **leche líquida o leche de consumo**⁶ es la que se obtiene tras el tratamiento, procesado y envasado de la leche cruda o de recogida, yendo directamente al consumidor final y colectividades. Se obtiene en instalaciones industriales (centros o establecimientos de tratamiento o de transformación) mediante el tratamiento térmico de la leche cruda, presentándose al consumidor final como leche pasteurizada⁷, leche esterilizada⁸ y leche UHT. Los precedentes⁹ han diferenciado dos mercados separados, el mercado de leche fresca (denominada también pasteurizada), de precios más elevados a consecuencia del mayor coste de recogida y producción, donde está activo el denunciante, y el mercado de leche de larga duración, que incluye leche esterilizada y leche UHT, en el que está activa la denunciada.

⁴ Decisión de la Comisión de 17 de diciembre de 2008 No COMP / M.5046 Friesland Foods / Campina

⁵ Recogidos en el REGLAMENTO (CEE) No 2092/91 DEL CONSEJO de 24 de junio de 1991 sobre la producción agrícola ecológica y su indicación en los productos agrarios y alimenticios. Entre otros, no uso de fertilizantes, pesticidas u organismos genéticamente modificados, requisitos de bienestar animal, pastoreo obligatorio en primavera, verano y otoño, etc.

⁶ C-0953-18 COVAP/PLANTA INDUSTRIAL MEIRA.

⁷ La leche fresca o pasteurizada debe ser consumida en los días inmediatos a su envasado, siendo su único tratamiento la eliminación de toda la flora patógena mediante un proceso de calentamiento y posterior enfriado

⁸ La leche esterilizada es leche cruda que ha sido sometida a un proceso de esterilización, ya envasada que consiste en calentar el producto hasta los 110° C, durante veinte minutos, consiguiendo así una destrucción completa de los gérmenes capaces de desarrollarse en la leche, pudiendo durar meses a temperatura ambiente si no se expone a la luz.

⁹COMP/ M.5046 FRIESLAND FOODS/CAMPINA Y C-0677/15 IBERLECHE/CAPSA.

En cuanto al ámbito geográfico, el mercado de leche líquida procesada de larga duración, como en otros productos del sector de la alimentación, el mercado geográfico tradicionalmente considerado ha sido el nacional, debido a la existencia de distintos hábitos de consumo entre los Estados miembros de la Unión Europea (UE) y a que los canales de venta, distribución y logística, así como las distintas marcas y contratos de venta son generalmente nacionales. No obstante, dado que para la leche líquida procesada de larga duración no existen restricciones legales o técnicas en la UE y dada la eliminación de la cuota láctea y la mayor duración del producto, puede considerarse, de acuerdo con precedentes europeos¹⁰, que el mercado puede ser más amplio.

IV. HECHOS

En abril de 2016, KAIKU lanzó una campaña, difundida en País Vasco y Navarra, que tenía por objeto exclusivamente la leche UHT básica¹¹ (entera, semidesnatada y desnatada). La misma contenía un bodegón con bricks de los tres tipos de leche UHT y la afirmación de que “*es la única recogida y envasada en Euskal Herria*”.

Según la denuncia presentada por VISTA ALEGRE BASERRIA, esta campaña sería engañosa y fraudulenta en la medida en que existen otras empresas, como la propia denunciante, que recogen y envasan leche en el País Vasco.

De acuerdo con información aportada por KAIKU en contestación al requerimiento de información realizado por la Autoridad Vasca de Competencia, **la práctica totalidad** de los ganaderos de KAIKU SOCIEDAD COOPERATIVA están situados en País Vasco o Navarra. La empresa se asegura de que todos los ganaderos que suministran la leche para la elaboración de la leche básica UHT marca "Kaiku" son ganaderos de alguna de esas dos comunidades autónomas. Asimismo, afirma KAIKU que se asegura de que en el tratamiento de esta leche y su envasado se adopten las medidas necesarias para garantizar su trazabilidad y, en consecuencia, la integridad del producto desde su origen hasta su puesta en el mercado como leche UHT básica de la marca KAIKU.

¹⁰ COMP/M. 5046 FRIESLAND FOODS/CAMPINA y COMP/M.6119 ARLA/HANSA.

¹¹ También se comercializan bajo la marca Kaiku otras leches “funcionales” (crecimiento, calcio) o premium (Gurea, en botella...).

Para el proceso de envasado de la leche a que se refiere la publicidad, KAIKU utiliza la única planta de envasado de leche UHT ubicada en el territorio de País Vasco, en concreto la planta de IPARLAT en Urnieta (Guipúzcoa).

IPARLAT, S.A. ha presentado un certificado en el que manifiesta que la leche básica UHT que fabrica para KAIKU con marca “Kaiku” se envasa en plantas de IPARLAT situadas en el País Vasco y que, según su información, no existe ninguna otra planta para el envasado de leche UHT en el País Vasco o Navarra¹².

V. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- COMPETENCIA PARA RESOLVER

De acuerdo con el artículo 5.1.c) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, compete a la CNMC “aplicar lo dispuesto en la Ley 15/2007, de 3 de julio, en materia de conductas que supongan impedir, restringir y falsear la competencia”. El artículo 20.2 de la misma ley atribuye al Consejo la función de “resolver los procedimientos sancionadores previstos en la Ley 15/2007, de 3 de julio”.

Asimismo, el artículo 14.1.a) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, establece que “la Sala de Competencia conocerá de los asuntos relacionados con la aplicación de la Ley 15/2007, de 3 de julio”.

En consecuencia, la competencia para resolver este procedimiento corresponde a la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC.

SEGUNDO. VALORACIÓN DE LA SALA DE COMPETENCIA

La Dirección de Competencia ha propuesto a esta Sala que se archive el presente expediente por considerar que no hay indicios de infracción del artículo 3 de la LDC.

El citado artículo 3 de la LDC tipifica como infracción los actos de competencia desleal que, por falsear la libre competencia, afecten al interés público. Para su aplicación deben concurrir ambos elementos. Es decir, no todo acto desleal constituye una infracción de las normas de defensa de la competencia, sino sólo

¹² Certificado expedido por IPARLAT el 14 de junio de 2016, aportado por KAIKU en contestación al requerimiento de información realizado por la Autoridad Vasca de Competencia (folio 42)

aquéllos que afecten al interés público al distorsionar el funcionamiento competitivo del mercado.

La Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, dispone en su artículo 4 que se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe, entendiéndose como tal *“el comportamiento de un empresario o profesional contrario a la diligencia profesional, entendida ésta como el nivel de competencia y cuidados especiales que cabe esperar de un empresario conforme a las prácticas honestas del mercado, que distorsione o pueda distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio o del miembro medio del grupo destinatario de la práctica, si se trata de una práctica comercial dirigida a un grupo concreto de consumidores.”*

En el mismo artículo 4, la Ley entiende por distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio *“utilizar una práctica comercial para mermar de manera apreciable su capacidad de adoptar una decisión con pleno conocimiento de causa, haciendo así que tome una decisión sobre su comportamiento económico que de otro modo no hubiera tomado.”*

Por su parte, el artículo 5 de la citada Ley indica que se considera desleal por engañosa *“cualquier conducta que contenga información falsa o información que, aun siendo veraz, por su contenido o presentación induzca o pueda inducir a error a los destinatarios, siendo susceptible de alterar su comportamiento económico, siempre que incida sobre alguno de los siguientes aspectos: b) Las características principales del bien o servicio, tales como (...) su origen geográfico o comercial...”*

La información ofrecida por Kaiku confirma que la leche por ella procesada es envasada en el País Vasco y que es recogida fundamentalmente en Navarra.

Sin entrar a valorar si la afirmación realizada por Kaiku supone una información que pueda inducir a error a los consumidores, ya hemos afirmado que para observar infracción del artículo 3 de la LDC debe concurrir el requisito de afectación al interés público que no se puede derivar de la actuación de KAIKU.

Como se ha señalado previamente, el bien o servicio afectado por la campaña es la leche básica de KAIKU, que es una leche UHT (ultrapasteurizada), de larga conservación, que no tiene certificado biológico y que por tanto constituye un mercado de producto diferente de los productos que ofrece el denunciante¹³. En

¹³ Ver Decisión de la Comisión de 14 de junio de 2011 en el Asunto COMP/M.6242 LACTALIS/PARMALAT.

la medida en que el consumidor de leche fresca pasteurizada con certificación de producto biológico busca unas características de producto y garantías del tratamiento y alimentación del animal específicas y está dispuesto a pagar por ellas precios más elevados que el consumidor de leche UHT sin certificado de producto biológico, no parece probable que la campaña publicitaria denunciada, pueda haber afectado a consumidores de leche fresca que buscan un producto diferente. En todo caso, de existir consumidores que consuman indistintamente ambos tipos de leche, representarían un porcentaje muy reducido de la población.

A la anterior consideración, hay que añadir que no parece, a la vista de las cuotas de mercado disponibles de leche convencional en esa región (Kaiku tiene menos de un 10% de cuota de mercado en leche convencional en el territorio donde se lanzó la campaña), que el origen geográfico de la leche sea un factor determinante para el consumidor.

Por todo ello, no puede considerarse que la campaña publicitaria de KAIKU pudiera haber afectado a un número suficiente de consumidores como para considerar que se cumple el requisito de afectación al interés público, necesario para poder en aplicar el artículo 3 de la LDC.

A la vista de lo anterior, esta Sala entiende que no hay elementos suficientes para apreciar la existencia de indicios de infracción del artículo 3 de la LDC en la campaña de publicidad de KAIKU denunciada.

En su virtud, vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, la Sala de Competencia

RESUELVE

ÚNICO.- No incoar procedimiento sancionador y archivar las actuaciones seguidas por la Dirección de Competencia en el expediente S/0635/17 KAIKU, por considerar que no existen indicios de infracción de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que contra ella no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.